



Berne, le 24 mars 2015

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence**

concernant la procédure de médiation

**X (demanderesse),
représentée par des avocats**

et

le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate :

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demanderesse (entreprise) a déposé, le 14 février 2014, une demande d'accès adressée au Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI) concernant les documents suivants :
 - « *Courrier adressé le 4 juin 2013 (ou à une date proche) par le Ministère des Finances des Pays-Bas au Département fédéral des Finances traitant notamment de la compatibilité avec le droit fiscal international du refus d'application de la procédure de déclaration en matière d'impôt anticipé dans la situation où une société de capitaux suisse, au bénéfice pourtant d'une autorisation 823, a déclaré un dividende versé à sa société mère au Pays-Bas, après l'échéance du délai de 30 jours de l'art. 5 al. 1 de l'Ordonnance sur le dégrèvement ;*
 - *Réponse donnée au courrier précité par votre Département, respectivement ses subdivisions ;*
 - *Tout éventuel nouvel échange de correspondance sur le sujet entre le Ministère des finances hollandais et votre Département, respectivement ses subdivisions ».*
2. Par courrier du 14 mars 2014, le SFI a pris position sur la demande d'accès du demandeur. L'autorité a argumenté que les correspondances dont il est question concernent des échanges dans le cadre de la procédure amiable prévue à l'art. 25 al. 3 de la Convention entre la Confédération suisse et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 26 février 2010 (CDI-NL, RS 0.672.963.61). Selon le SFI, une telle procédure est confidentielle, tout comme la voie diplomatique, ceci afin de respecter les intérêts de l'autre Etat et d'assurer une atmosphère permettant de trouver des compromis entre les positions. L'autorité est arrivée à la conclusion que la procédure amiable prévue à l'art. 25 al. 3 CDI-NL est un règlement international des différends au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4



LTrans ce qui exclut les documents concernés du champ d'application de la loi sur la transparence. Ainsi, le SFI a rejeté la requête de la demanderesse.

3. Par courrier du 2 avril 2014, parvenu au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) le 3 avril 2014, la demanderesse a déposé une demande en médiation au sens de l'art. 13 LTrans concernant l'accès à l'ensemble des documents mentionnés au chiffre 1. Dans sa demande, elle a réfuté la position défendue par le SFI. Selon elle, l'échange de correspondances n'est pas intervenu dans la cadre d'une procédure amiable au sens de l'art. 25 CDI-NL et, en tout état de cause, ce même échange n'entre pas dans le cadre d'une procédure de règlement international des différends au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans.
4. Le 4 avril 2014, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et a informé le SFI du dépôt de celle-ci. Le Préposé lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre une copie complète du dossier ainsi qu'une prise de position. Par courrier du 14 avril 2014, le SFI a envoyé sa prise de position accompagnée de diverses pièces, mais pas l'échange de correspondances entre les Pays-Bas et la Suisse concerné par la demande d'accès. Pour justifier son refus envers la demanderesse concernant l'accès à cet échange de correspondances, l'autorité a invoqué différents arguments. Elle a expliqué en premier que les documents concernés par la demande d'accès avaient fait l'objet, dans le cadre d'une procédure actuellement pendante au Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), d'une requête de production de pièces introduite par une des parties à ladite procédure. Le TAF avait prié l'autorité partie à la procédure, c'est-à-dire l'Administration fédérale des contributions (ci-après : AFC), de produire ces documents. Sur demande de cette dernière, le SFI avait transmis cet échange de correspondances à l'AFC qui l'avait ensuite communiqué au TAF. Le SFI a joint à sa prise de position une copie des courriels intervenus entre l'AFC et lui-même à ce sujet. Pour le surplus, le SFI a renvoyé à sa prise de position du 14 mars 2014 à l'attention de la demanderesse concernant l'exception de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans. Pour appuyer son argumentation, il a ajouté que, selon le droit international coutumier, le principe de confidentialité des documents concernant les relations internationales est applicable et est matérialisé aux art. 3 al. 1 let. a ch. 4 ainsi que 7 al. 1 let. d LTrans. Selon lui, sans l'applicabilité de ce principe, le pouvoir de la Suisse de négocier avec des pays étrangers serait atteint.
5. Par entretien téléphonique du 13 janvier 2015, le Préposé a prié le SFI de lui transmettre l'ensemble des documents officiels concernés par la demande d'accès. Par courriel du 21 janvier 2015, l'autorité a transmis au Préposé une lettre datée du 4 juin 2013 rédigée par le Ministère des finances des Pays-Bas à l'attention du SFI ainsi que sa réponse. Elle a également communiqué au Préposé qu'une deuxième procédure était désormais pendante devant le TAF, cette-fois entre l'AFC et la demanderesse, et que cette dernière avait pu avoir accès aux documents concernés par la présente procédure de médiation en sa qualité de partie à la procédure.
6. Par entretien téléphonique du 22 janvier 2015, puis par courriel du 9 février 2015, la demanderesse a confirmé au Préposé avoir eu accès, dans le cadre de la procédure pendante devant le TAF, à un échange de correspondances entre le Ministère des Finances des Pays-Bas et le SFI, c'est-à-dire à une lettre datée du 4 juin 2013 et à sa réponse du 31 octobre 2013 et les a joint en annexe. La demanderesse a ajouté vouloir, par le biais de la procédure de médiation, s'assurer qu'il n'y avait pas eu, sur le même sujet, d'autres échanges de correspondances depuis le 31 octobre 2013 jusqu'au dépôt de la demande d'accès le 14 février 2014.
7. Les autres explications de la demanderesse et du SFI ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.



II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

8. La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du SFI et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
9. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités¹. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B. Considérants matériels

10. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans)².
11. Selon l'art. 2 al. 1 let. a LTrans, la loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale. Selon l'art. 6 al. 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1), l'administration fédérale comprend les unités administratives centralisées et décentralisées. Le SFI figure dans l'annexe 1 de l'OLOGA en tant qu'unité administrative centralisée rattachée au Département fédéral des finances (DFF). En cette qualité, le SFI fait partie de l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans et entre dans le champ d'application personnel de la loi sur la transparence.
12. Pour justifier son refus concernant l'accès de la demanderesse à l'échange de correspondances entre les Pays-Bas et la Suisse, le SFI invoque notamment que lesdits documents sortiraient du champ d'application matériel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans puisque d'abord une puis désormais deux procédures sont pendantes auprès du TAF desquelles les documents concernés font partie.

¹ FF 2003 1865.

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008, n° 8 ad art. 13.



13. L'art. 3 LTrans règle, à l'aide d'une liste négative, le champ d'application matériel de la loi sur la transparence. L'art. 3 al. 1 let. a exclu l'application de ladite loi pour un certain nombre de procédures pour lesquelles des dispositions spéciales propres à chacune d'entre elles règlent les questions d'accès aux documents qui y font partie.
Les documents appartenant à une procédure pendante au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LTrans sortent du champ d'application matériel de la loi sur la transparence pendant la totalité de la durée de cette procédure³. Ainsi, la loi sur la transparence n'offre pas une voie supplémentaire à l'accès au dossier d'une procédure pendante. Après la clôture définitive de la procédure, une partie des documents officiels sont à nouveau soumis à la loi sur la transparence, c'est-à-dire ceux qui existaient déjà avant elle et qui n'ont pas été établis explicitement pour celle-ci. Inversement, les documents qui ont été établis clairement dans le cadre de ladite procédure ne tombent pas sous le champ d'application de la loi sur la transparence⁴.
14. L'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives. Par procédures juridictionnelles administratives, la disposition vise l'ensemble des procédures contentieuses, jusqu'à la dernière instance, dans lesquelles des décisions administratives de 1^{ère} instance sont contestées⁵. Pour qu'un document officiel sorte du champ d'application de la loi sur la transparence en raison de cette disposition, il faut que l'autorité de recours soit réellement en possession du document en question. Cela implique que le document doit faire partie intégrante du dossier comme c'est le cas pour la décision attaquée ainsi que son dossier administratif (jusqu'à la fin de la clôture de la procédure de recours) ainsi que pour les actes de procédures (même après la clôture de la procédure en cours)⁶.
15. Dans la copie d'un courriel daté du 28 mars 2014 rédigé par l'AFC à l'attention du SFI, il ressort clairement que l'AFC a requis de lui, sur demande du TAF, une copie du courrier du 4 juin 2013 écrit par le Ministère des Finances des Pays-Bas au SFI et une copie de la réponse donnée par ce dernier au courrier précité, ainsi que tout éventuel échanges de correspondances successifs sur la question. La copie d'un courriel du SFI daté du 7 avril 2014 prouve qu'il a bel et bien transmis les documents demandés à l'AFC c'est-à-dire le courrier du 4 juin 2013 ainsi que sa réponse. Il n'existe aucune raison de penser que le SFI aurait dissimulé à l'AFC et au TAF d'autres correspondances intervenues à ce sujet. Ensuite, il ressort de l'état de fait (chiffres 4 à 6) que lesdits documents ont été déposés auprès du TAF pour une première puis pour une deuxième procédure et que la demanderesse a pu en prendre connaissance en sa qualité de partie à la deuxième procédure de recours pendante.
16. Il ressort du paragraphe précédent que les documents officiels concernés par la demande d'accès de la demanderesse, le courrier daté du 4 juin 2013 ainsi que sa réponse, font partie intégrante de deux procédures encore pendantes devant le TAF. Ces documents sortent ainsi du champ d'application matériel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans jusqu'à ce que ces procédures soient closes. Après leur clôture, la question de leur accessibilité par le biais de la loi sur la transparence peut être réexaminée par l'autorité à la lumière des dispositions de celle-ci. La demanderesse ayant d'ores et déjà pu avoir accès à ces

³ [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013](#), ch. 2.2.3.

⁴ [Recommandation PFPDT du 10 novembre 2014 : BJ / Korrespondenz](#), ch. 30 (disponible uniquement en allemand) ; [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées](#), ch. 2.2.3 ; AMMANN/LANG, in : Passadelis/Rosenthal/Thür (Eds.), *Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bâle 2015, n° 25.22.

⁵ Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, STAMM-PFISTER, 3^{ème} éd., Bâle 2014, n° 21 ad art. 3.

⁶ [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées](#), ch. 2.2.3.



documents par le biais des règles spéciales d'accès aux pièces du dossier régissant la procédure administrative pendante devant le TAF, le Préposé estime que la présente demande d'accès n'a plus de raison d'être. Toutefois, la loi sur la transparence permet à quiconque, sans égard à ses intérêts, de déposer une demande en médiation dans le cas où une autorité soumise à la loi lui a refusé l'accès à des documents officiels. Ainsi, le Préposé ne peut que recommander au SFI de prendre contact avec la demanderesse, après la clôture des deux procédures pendantes au TAF, pour savoir si celle-ci souhaite toujours avoir accès à l'échange de correspondances concerné par la demande d'accès conformément aux dispositions de la loi sur la transparence.

17. *En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que c'est à raison que le SFI a refusé, au moment de sa prise de position envers le Préposé, l'accès de la demanderesse à l'échange de correspondances concerné par la procédure d'accès. En effet, cet échange de correspondances sort du champ d'application matériel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans pendant toute la durée des procédures pendantes auprès du TAF desquelles il fait partie intégrante du dossier.*
18. *Le Préposé est d'avis que le SFI doit différer l'accès de la demanderesse à l'échange de correspondances concerné par la procédure de médiation jusqu'à ce que les procédures pendantes devant le TAF soient closes. Ensuite, le SFI devra prendre contact avec la demanderesse afin de savoir si celle-ci souhaite quand même, ayant déjà eu accès aux documents selon les dispositions spéciales de procédure, avoir l'accès à ceux-ci conformément aux dispositions de la loi sur la transparence.*

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

19. Le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI) diffère l'accès aux documents suivants :
 - le courrier adressé le 4 juin 2013 par le Ministère des Finances des Pays-Bas au SFI ;
 - la réponse donnée au courrier précité par le SFI.
20. Après la clôture des procédures pendantes devant le Tribunal administratif fédéral, le SFI prend contact avec la demanderesse pour savoir si celle-ci est toujours intéressée à avoir accès aux documents susmentionnés conformément aux dispositions de la loi sur la transparence.
21. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut exiger que le SFI rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
22. Le SFI rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (chiffres 19 à 20) (art. 15 al. 2 LTrans).
23. Le SFI rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête en décision (art. 15 al. 3 LTrans).
24. Par analogie avec l'art. 22a PA, les délais fixés en jours par la loi ne courent pas du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement.
25. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse est anonymisé.



26. La recommandation est notifiée à :

- X (demanderesse)

- Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI
Bundesgasse 3
3003 Berne

Jean-Philippe Walter